

A.I. N° - 272466.0019/18-6
AUTUADA - MEGA DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.12.2018

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-06/18

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Falta de entrega no prazo previsto. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração. **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (A. I.) em lide, lavrado em 21/05/2018, formaliza a exigência do ICMS no valor histórico de R\$50.657,07 (cinquenta mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e sete centavos), em razão das infrações a seguir descritas:

Infração 01 – 05.05.01 - Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registrada. Enquadramento Legal: art. 4º, §4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96. Multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96. Valor Histórico: R\$49.277,07 (quarenta e nove mil, duzentos e setenta e sete reais e sete centavos).

Infração 02 – 16.14.02 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na legislação tributária, referente ao mês de fevereiro de 2014. Enquadramento Legal: art. 250, §2º do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa fixa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96. Valor Histórico: R\$1.380,00 (um mil e trezentos e oitenta reais).

Em sua defesa, o sujeito passivo apresenta impugnação tempestiva, fls. 15 a 24, na qual sustenta que o autuante deixou de observar o devido processo legal, pois não concedeu o prazo de 30 dias para correção ou retificação da Escrituração Fiscal Digital (EFD), bem como não forneceu a listagem diagnóstico, conforme preceitua o art. 247, § 4º do RICMS.

Aduz o impugnante que a Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir sobre lavratura de Auto de Infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto à observância do devido processo legal. Destaca que conforme o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-ão aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Assinala, ainda, que o dispositivo regulamentar nos informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Observa que o Código Tributário Nacional (CTN), ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal

afirmativa principalmente no art. 112, do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Registra, na peça defensiva, que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Assevera o autuado que a Constituição Brasileira, bem como as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Em adicional, ressalta que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis e de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Acrescenta o impugnante que, como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador. Assim a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica.

Lembra que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Assegura que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Destarte, afirma o contestante que a presente autuação não pode prosperar por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, uma vez que não foi observado o devido processo legal, tendo em vista que o preposto fiscal, ao lavrar o Auto de Infração não concedeu o prazo legal previsto no art. 247, §4º do RICMS.

Assinala que a não concessão do prazo devido, bem como o não fornecimento da listagem diagnóstico indicando as irregularidades encontradas, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

Assim, assevera o autuado ser nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Diz ser tal vício insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Aduz que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta os acórdãos JJF N° 0056-03/16 e CJF N° 0193-12/11.

Conclui o contestante que em razão do autuante não ter observado os requisitos previstos na legislação pertinente, a autuação é absolutamente nula nos termos do art. 18, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e, assim sendo, pugna pela decretação da nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 36 a 39, na qual apresenta os motivos pelos quais o presente Auto de Infração deve ser julgado procedente.

Afirma que quanto a infração 01 não há reparos a fazer. Aduz que se trata de Auditoria EFD X NF-e (mercadoria não registrada). No levantamento realizado pelo fisco, executou-se o cruzamento entre a Escrituração Fiscal Digital-EFD e as Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Entende o auditor que cumpre destacar que, na presente ação fiscal, o contribuinte tentou tumultuar a auditoria em curso ao transmitir os arquivos da EFD (finalidade retificadora) após o competente INÍCIO da AÇÃO FISCAL, conforme se comprova pelo Relatório de Consulta de arquivos EFD, anexado à fl. 40, especificamente, no campo “Situação” a seguinte observação: “Arquivo retificador sem validade jurídica”.

Assevera que a tese da defesa trazida à colação acerca da nulidade ou improcedência do Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal, não deve prosperar. Primeiro porque a alteração do Regulamento do ICMS que trata da intimação prevista no art. 247, § 4º, só entrou em vigência a partir de 27/11/2015 e o período fiscalizado foi o Exercício Fiscal de 2014, portanto, anterior a entrada da alteração legislativa. Segundo que o fato de a escrituração indicar a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Esse entendimento está pacificado em decisões proferidas neste CONSEF, como no Acórdão CJF Nº 0010-11/02.

Ressalta o autuante que tal omissão dolosa inviabilizou a realização de outros roteiros de auditoria, beneficiando indiretamente o empresário que ficou blindado de possíveis autuações, por exemplo auditoria de estoque de mercadorias, com repercussão na substituição tributária.

Diz que a fiscalização respeitou todos dos Princípios Constitucionais (Devido Processo Legal, Razoabilidade, Verdade Real, Capacidade Contributiva e o Não Confisco). Inclusive o contribuinte recebeu cópia (CD) de todos os demonstrativos referentes ao débito fiscal discriminadamente, conforme documento acostado à fl. 10.

Aduz que o sujeito passivo não apresentou prova da improcedência da presunção fiscal, não sendo capaz de comprovar que não houve omissão do registro das mercadorias e nem foi capaz de demonstrar que os Demonstrativos do Fisco não estavam corretos. Para elidir, de modo válido, a autuação fiscal, o contribuinte deveria ter feito o cotejamento das NF-e com a EFD, o que não ocorreu. Não cabe a esta Fiscalização buscar elementos para sustentar alegações do autuado, visto que tais provas são de sua responsabilidade. As alegações trazidas à colação pelo contribuinte situam-se no terreno das assertivas teratológicas, não havendo nos autos qualquer prova que elida a presunção de certeza e liquidez de que goza a ação fiscal.

Frisa o preposto fiscal que com a implantação do SPED-Fiscal, inexiste outra forma de escrituração, mas tão-somente virtual, ou seja, sem papel. Todos os Demonstrativos de Débito, que dão sustentação à ação fiscal, foram disponibilizados em mídia eletrônica para a empresa, fl. 10.

Sustenta que a ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração goza de presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, na medida em que a atividade administrativa tributária rege-se, dentre outros, pelo princípio da legalidade, e, como os atos administrativos em geral, reveste-se de presunção de veracidade e legitimidade. O lançamento tributário foi cuidadoso, técnico e preciso. Infração mantida.

Com relação à infração 02, o autuante também entende que não há reparos a fazer, posto que, a defesa do contribuinte não apresentou provas cabais que maculassem a ação fiscal.

Por fim, o auditor ratifica a ação fiscal, ao tempo em que solicita a PROCEDÊNCIA do auto em epígrafe, por medida de inteira justiça.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constato que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto e aplicar multas decorrentes de 02 infrações.

Verifico inicialmente que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do RPAF. Constam no presente processo a identificação do sujeito

passivo, a descrição das infrações, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação das multas, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido. Todos esses elementos permitem ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade que foi suscitada com o argumento de que houve ofensa ao devido processo legal, pela não concessão do prazo de trinta dias para apresentação da EFD previsto no art. 247, § 4º do RICMS, pois o dispositivo invocado não se aplica à presente situação.

Não há relação da citada norma com a infração 01, pois a não concessão do prazo para apresentação da EFD, não implica óbice algum para o autuado se defender da acusação fiscal, que trata da omissão de saídas tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

A infração 02, também não está relacionada com o dispositivo regulamentar referido, já que trata da falta de entrega do arquivo eletrônico, qual seja, inventário inicial referente ao Exercício 2014 (Bloco H, da EFD-fev/14). Tal infração foi constatada mediante informação obtida no Sistema de Informações do Contribuinte (INC), e não mediante intimação específica para sua apresentação. Foi aplicada apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória, sem cumulação com a multa relativa ao não atendimento da intimação, de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo a omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Tal previsão está insculpida no art. 4º, §4º, inciso IV da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, a seguir reproduzido:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados.

A Lei nº 7.014/96, ao estabelecer a presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto, oportunizou ao contribuinte a apresentação de prova em contrário, o que evidencia tratar-se de presunção legal relativa. Assim, cabe ao sujeito passivo o ônus de elidir a acusação fiscal.

Destaco, por oportuno, que na lavratura do Auto de Infração, o auditor, às fls. 8 e 9, apresentou demonstrativo analítico da Presunção de Omissão de Receitas, onde estão discriminadas as notas fiscais eletrônicas e os valores correspondentes às entradas não registradas, demonstrativo esse que o autuado teve pleno conhecimento ao receber a notificação do Auto de Infração.

Assim, caberia ao sujeito passivo, na sua defesa, trazer aos autos elementos probantes de que não infringiu a legislação. No entanto, verifico que o contestante não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar, o que resulta na aplicação do art. 142 do RPAF, transscrito a seguir:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Verifico que a defesa não traz aos autos nenhum elemento para contrapor os elementos consignados no levantamento fiscal. O impugnante não acosta aos autos nenhum documento que comprove que foi efetuado o registro das notas fiscais constantes do Demonstrativo da Presunção de Omissão de Receita, fls. 8 e 9, ou um boletim de ocorrência que confirme queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, que comprove o uso indevido do nome da empresa como destinatário em operação declarada em NF-e, o que afastaria a presunção prevista em lei, nos termos do § 16, do art. 89 do RICMS.

Constatou que a impugnante alega, apenas, conforme consta à fl. 16, que o autuante não observou o devido processo legal, pois não forneceu o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para correção ou retificação da EFD.

Assim sendo, considero a acusação não elidida. Mantenho a infração.

No tocante à infração 02, os argumentos defensivos se restringiram às questões preliminares, as quais já foram afastadas na inicial deste voto. Assim, a infração 02 também resta caracterizada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272466.0019/18-6**, lavrado contra **MEGA DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.277,07**, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no inciso XIII-A, “I” da mesma Lei e artigos citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

ANTONIO EXPEDIDTO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR